

Dilexisti justitiam, & odisti iniquitatem. Psalm. 44.

RESPUESTA QUE OFRECE DON JOSEPH DE APONTE, Vecino de esta Ciudad, à el Manifiesto Juridico de Doña Nicolasa Lopez de Cangas, muger de Don Juan Izquierdo de Padilla, Vecino de la Villa de Rota, en el pleito executivo, que sigue contra dicho Don Juan, à el que saliò Doña Nicolasa, formando terceria de Dote, sobre que se confirme la sentencia de V. S. pronunciada en grado de vista.

1. ESTANDO ESTE PLEITO LEGITIMAMENte concluso, para verse por V.S. en grado de revista, se tuvo noticia por Don Joseph de Aponte, que por Doña Nicolasa Lopez de Cangas, se havia escrito en derecho; y aunque desde luego conceptuò con sobrado fundamento, que esta diligencia era instrumento para dilatar la vista, y determinacion de esta ultima instancia; sin embargo, le pareciò conveniente, passar por la dilacion, por no dexar sin respuesta à el manifiesto de Doña Nicolasa, la qual excusariamos, à no tener presente lo que nos enseña el señor Olea: *De ces. jur. in responsionibus ad objectiones spicilegii Carol. Antonii de Luca, in principio ibi: sed tamen ejus objectiones breviter prosequar, non quia existimem dignas esse satisfactione, sed nequis legerit suarum quæstionum argumenta, & summaria, dubitet an aliquo fundamento nitantur.*

2. *Et licèt in foro causas dicentibus nefas, ut ita dixerim, videtur esse nulla præfatione facta, judici rem exponere*, que dixo el Jurisconsulto *in leg. 1. D. de origine juris*, no obstante tolerarèmos lo rigoroso

gorofo defta cenfura, por mirar à la brevedad: *Quæ tunc laudanda eft, cùm nihil fubtrahit cognitioni juftorum*, que dixo Amian Marc. *lib.* 15. *hift.* omitiendo la dilatada expreſsion de el hecho, refpecto de fer precifo tomar de èl lo que convenga para acomodar la refpuefta, y aplicar las doctrinas, con que fe ha de fundar; y con eſſo excufamos la repeticion, y por configuiente la moleftia, mayormente quando por Doña Nicolafa fe refiere, aunque con alguna cuidadofa diminucion.

3. Y afsi, procediendo à dàr la refpuefta à los fundamentos de Doña Nicolafa, que comienzan defde el numero 11. obfervamos en èl, que el primero es, que la confeſsion de fu llamada Dote, es anterior à la Efcriptura de Don Jofeph (como fi la Efcriptura, y la deuda, que efta contiene, fueran una mifma cofa) en cuyo cafo dice: que no fe prefume fraudulenta, aunque perjudique à otros Acreedores, al menos, hafta que por eftos fe hace conftar el fraude. Trahefe para prueba de efta conclufion, la autentica, que comienza: *Sed jam neceſſè C. de donationibus ante nuptias*, la qual prueba immediatamente lo contrario, y por lo mifmo contra el concepto de Doña Nicolafa, la cita *Mantica de tacitis lib.* 11. *tit.* 20. *n.* 35. *Surdo dec.* 116. *n.* 9. & 10. *citado de Fontanella de pactis clav.* 14. *glof. unic. p.* 1. *n.* 42. Y, para la mas facil comprehenfion de fu difpoficion, bafta vèr el *cap.* 2. *de æqualitate dotis, & propter, & ante nuptias donationis collatione* 7. *T.* 11. *Nov.* 97. De donde fe trasladò al Codigo la citada autentica, y fe hallarà, que permitiendo el Emperador Juftiniano al marido, y la muger, los reciprocos aumentos de Dote, y Donacion, *propter nuptias*, ordena, que para que el aumento no eftrive en el color, y la apariencia, fino en la verdad, *maximè ex parte mulieris*, y que efta invocando fu privilegio, no desfraude à los Acreedores de fu marido, fe hayan de hacer los aumentos en bienes immuebles, y que folo el marido los pueda hacer en los muebles, no eftando adeudado, ni apareciendo fofpecha de fraude contra fus Acreedores: debiendo la muger precifamente hacer los fuyos en bienes immuebles; y fi aun en eftos figurare los aumentos, de ningun modo pueda ufar en ellos del privilegio de fu Dote, sì lo opufiere contra los Acreedores de fu marido: *Nam* (dice el Emperador) *nullo volumus modo lædi homines ex dato à nobis Dotibus privilegio.*

4. Efta es la difpoficion de la citada autentica, y de el citado capit. 2. de donde fe facò, y ya fe vè, que no folo eftà mui lexos de probar el concepto de Doña Nicolafa, fino que le es contrario; pues (como fe verà defpues) fu llamada Dote fe forjò en la confeſsion de fu marido, en fraude del credito de Don Jofeph, y por efto fe conftitu-

yò

yò en bienes muebles, y diversas cantidades de dineros, como materia mas dispuesta para lograr los efectos del fraude; ò bien sea, figurandose su existencia, *ut per dictam authenticam*, ò bien ocultandola: *Cancerio p. 3. var. c. 2. n. 12. per legem lex quæ tutores cod. de administratione tutoris.*

5. La authoridad de Mascardo en la conclusion 362. num. 13. no solo no afianza el dictamen de Doña Nicolasa, sino le es contraria; este Author dexa dicho al num. 11. y 12. que la confession de la Dote en tanto no prueba la verdad de ella, en quanto es fraudulenta en daño de los Acreedores, y que cessando este, entonces prueba la confession la verdad de la Dote; diciendo despues al citado num. 13. y en èl amplìa la doctrina referida, y dice: que tiene lugar aunque la confession cause perjuicio à los Acreedores, como lo sean despues de ella; en cuyo caso (dice) no se presume hecha en su fraude, pero immediatamente limita la ampliacion en el caso que conste por conjeturas, que los quiso fraudar, las quales refiere, y concluye el num. 13. afirmando que la confession de la Dote indistintamente no prueba contra los Acreedores anteriores à ella, como lo es Don Joseph: *Mantica de tacitis, L. 11. tit. 20. n. 37. vers. et si maritus.*

6. Passa al num. 12. Doña Nicolasa, y pone otro fundamento, que se reduce, à que su credito, y el de Don Joseph, estriva en la confession de su marido: y aunque fueran de un mismo tiempo, no era atendible el reparo de fraude, con que se nota su credito, y que debia este ser preferido por la regla de la Ley, *in ambiguis, ff. de regulis juris.*

7. Estos son los fundamentos de Doña Nicolasa, y los que dice al num. 13. no hicieron à Don Joseph poca harmonia; y à la verdad ninguna le hicieron; porque en uno, y otro no sale Doña Nicolasa de los terminos de ser su Dote confessada; y debiendo observar, que esta confession fue hecha por su marido à los diez y nueve meses de casado, sin haver precedido capitulacion matrimonial, y promessa de Dote en ella hecha, sin examen de la materia, dà por supuesto cierto, lo mismo que es incierto, y pretende la decision à su favor, por una regla general, que ademas de no ser aplicable al assumpto, arguye la carencia de mejores fundamentos: por esto no es mucho que à la confession de la Dote se le dè nombre de Dote, y el privilegio de la hypoteca tacita, y se contemple con todos los gajes de verdadera Dote; para que tan sin fundamento de derecho se pida su pago, con anterioridad al credito de Don Joseph.

8. Debiò tener presente Doña Nicolasa, que la Dote no se

cons-

constituye por la confession, ni se prueba por el instrumento en que se hace, sino por la verdadera numeracion, y entrega de las mismas alhajas, y bienes, que se dàn en Dote; y en defecto de ella, ni hai Dote, ni prueba de esta; y por consiguiente, carece de los privilegios de las verdaderas Dotes; en tanto grado, que por la confession de ella sin que *simul* conste de su verdadera numeracion, no funda la muger su intencion para pedir. La prueba de este todo en sus respectivas partes, se halla terminante en la Ley 1. *Cod. de Dote cauta, non numerata, ibi: Dotemnumeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit, & ideò non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem à te re ipsa datam probatura es*: y en la Ley 9. *siquis posthac C. de bonis proscriptorum ibi: Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur. Rodriguez de conc. p. 1. artic. 1. n. 203. & 208. Hermosilla lege 9. tit. 1. p. 5. glos. 5. & 6. n. 38. ex Peregrino, Menochio, Fusario, Cancerio, & aliis Noguerol alleg. 40. n.8. D. Salgado p. 3. labyrinth. cap. 13. n. 21. & communiter D. D.*

9. Lo qual no solo procede quando la confession es en perjuicio de tercero, Luca de Dote *disc. 159. n. 41.* sino que aun à el mismo marido no perjudica, ni respecto dèl, se constituye la Dote à efecto de poderla exigir de èl su muger, en virtud de su confession; lo qual se entiende quando es hecha constante matrimonio, sin que preceda promessa. Y como sin que esta antecediesse constante ya el de Dña. Nicolasa por espacio de diez y nueve meses, hizo D. Juan su marido la confession de recepta Dote; ni aun à este le puede perjudicar, siendo su Author *Mantica de tacitis L. 11. tit. 27. n. 10. circa medium, ex Valasco, Graciano, Sanchez, Fontanela, & aliis, Luca suprà citato, disc. 159. n. 10. vers. contrarium*, assegurando, que esta opinion es la mas verdadera, y comun, y la que *in foro videtur hodie tenenda*, la qual se funda en que se presume hecha la confession, *animo donandi*, y estàr prohibida la donacion *inter virum & uxorem*; y aunque de esta doctrina comun es limitacion la promessa de Dote precedente al matrimonio, porque en este caso se entiende hecha no con animo de donar: *Ut ex domino Cobarrubias, Fontanela, Molina Theologo, Mascardo, Graciano, Valasco, Sanchez, & aliis multis suo more relatis, Amato p. prima for. resolution. resolutione 5. n. 19. ex Aflictis Noguerol alleg. 40. n. 10. & ex aliis multis Dominus Salgado in citata p. 3. labyrinthi cap. 13. n. 21.* en el caso presente no milita, porque no consta, que à Don Juan se le huviesse prometido por Doña Nicolasa, ò su Padre, Dote alguna; en cuyos terminos, si la confession de Don Juan à sì mismo no perjudica; ni contra

tra sì produce obligacion alguna; con quanta mas razon no perjudicarà à el derecho de Don Joseph? *Ita raciocinatur Luca dicto disc.* 159. *n.* 41. *cum Menochio, quem refert.*

10. Y si Doña Nicolasa quisiere valerse del mismo instrumento, en que confessò su marido Don Juan su llamada Dote (aunque no se ha valido hasta aqui) diciendo, que en èl confiessa dicho su marido, que al tiempo, y quando se tratò, y ajustò su matrimonio, ofreciò el Padre de Doña Nicolasa à esta en Dote diferentes bienes (que no dice los que son, porque no fueron) de nada sirve este recurso à Doña Nicolasa; porque del mismo modo, y con la misma facilidad, y fraude maquinado, que se mueve el marido à confessar la Dote, se mueve tambien à confessar la promessa, ò el ofrecimiento de ella: *Ita Fontanela de pactis claus.* 14. *p. prim. glos. unica, n.* 37. *Luca de Dote dis.* 74. *num.* 3. al modo que tampoco aprovecha à la muger, que el marido en el mismo acto de la confession, è instrumento de ella, renuncie la excepcion de *non numerata Dote*; ò entrego de ella, como lo hizo Don Juan. *Mantica lib.* 11. *de tacitis tit.* 27. *n.* 9. *Luca disc.* 159. *num.* 28.

11. Pero si como dice el citado Cardenal de *Emphiteusi, disc.* 2. *n.* 3. importa mas una onza de hecho, que cien libras de derecho; vamos al hecho, y se hallarà que à Doña Nicolasa no se hizo el ofrecimiento de Dote, que dice Don Juan en su confession. Declara este à pedimento de Don Joseph, como parece al fol. 111. que el motivo de no haverse hecho Carta de Dote al tiempo de contraher su matrimonio con Doña Nicolasa, fue el haverlo contrahido de secreto sin que Don Matheo su Suegro llegasse à comprehenderlo hasta algunos dias despues; con que mal pudo dicho su Suegro haver ofrecido Dote à su hija al tiempo que se trataba, y ajustaba su matrimonio. En estos terminos queda la Dote de Doña Nicolasa, en los de puramente confessada *constante matrimonio*; y por esta razon tan desnuda de los privilegios concedidos à las verdaderas Dotes, que no es capaz de causar perjuicio à los Acreedores de Don Juan, ya sean anteriores à la confession (como lo es Don Joseph) *juxta doctrinam Mascard. citata concluc.* 362. *n.* 13. yà sean posteriores à ella: *Ut docet Mantica suprà citato tit.* 27. *n.* 10. *decisic.* 47. *Rotæ n.*9. *quæ est post tractum. Rodriguez de conc.cred.* y lo que es mas, que ni aun à el mismo Don Juan obliga, ni produce accion à favor de Doña Nicolasa, para pedir la Dote confessada, como definieron los Emperadores Severo, y Antonino, en la citada Ley 1. de Dote cauta; con la qual, y demàs Textos, y Authores arriba citados, dexamos probado, que la Dote se constituye por la verdadera numeracion, y entrego de los bienes destinados à su formacion.

12. Sa-

12. Satisfecha Doña Nicolasa de los dos levissimos fundamentos expuestos al n. 11. y 12. entra en el 13. objetando à Don Joseph el mismo defecto, *quo laborat*, pero no logra el intento. Dice, pues, que Don Joseph no tiene prueba de la numeracion de los 600. pesos, y de que los 251. pesos sean resto de ellos; siendo assi, que sobran à Don Joseph razones con que fundarla. Bastante era la justificacion hecha por Don Joseph con cinco testigos, de los quales contextan quatro, haver oìdo à Don Juan Isquierdo el contenido de la segunda pregunta del interrogatorio de Don Joseph, que se reduce à que en el año de 733. mutuò à Don Juan los 600. pesos, añadiendo Doña Constanza, que le pidiò Don Juan, se empeñasse con su tio Don Joseph, para que se los prestasse, à lo que se excusò, sin embargo de estàr hospedado en su casa dicho Don Juan en aquel tiempo; y à la tercera pregunta contextan Doña Maria del Castillo, y Doña Constanza su hermana sobre el hecho, que contiene la escritura de Don Joseph, fol. 1. La verdad de estas testigos en lo depuesto à la primera, y segunda pregunta, se corrobora con la declaracion de Don Juan fol. 98. que contexta en el mutuo, y en que fue celebrado el año de 33. y con la expression, que hizo en dicha Escritura, fol. 1. en orden à que reconociò el vale de los 251. pesos, resto de mayor cantidad, que Don Joseph le prestò; y que se obliga à pagarlos, dando mensalmente 50. reales, cuya obligacion con la qualidad de ser dichos 251. pesos resto de mayor cantidad, la aceptò Don Joseph; con la qual aceptacion confessò, al menos tacitamente, estàr pagado de la demàs cantidad, *ad tradita per D. Oleam de cess. jur. tit. 6. in miscellanea, n. 32. & 33. ex D. Larrea, Amato, Cancerio, & aliis multis, quos laudat.*

13. De todo lo qual resulta no solo la certeza de el mutuo de los 600. pesos, sino que por ser los 251. resto de ellos, tienen el origen de la obligacion, que reside en Don Juan para su pago en el año de 33. mucho tiempo antes de contraher su matrimonio Don Juan con Doña Nicolasa, que fue en 31. de Julio (y no en 21. como se dice) de 737. Y este fue el principal cuidado de Don Joseph (por haverse cautelosamente ocultado el tiempo de el mutuo en la citada Escritura fol. 1.) fundado en la doctrina del Cardenal de Luca, al citado disc. 159. n. 81. donde dice, que quando el debito precede à la confession, entonces esta se presume hecha en fraude de los Acreedores, porque à este fin suelen hacerse semejantes confessiones; y solo la duda, que suele aqui moverse, es acerca de si el debito, que precede està probado, *per veras probationes* por el Acreedor, ò si solamente estriva en la confession de el Deudor, queriendo algunos A. A. que el mismo Cardenal cita, poner diferencia en ambos casos, y por

con-

consiguiente diversa razon de decidir. De cuya duda no hace aprecio Luca, y dice: que es su caso rara vez deducible à la practica, para lo qual distingue tres casos: El primero, quando la confession suena en fraude, y simulacion; y el segundo, quando se refiere à la presumpta donacion. El tercero, quando la confession se refiere à la esperanza de futura numeracion. En el primero, y segundo dice Luca, que es vano inquirir si el debito que precede, consta por prueba verdadera, ò por sola la confession, porque de qualquier modo que conste, no perjudica à el Acreedor. La confession de Dote hecha por Don Juan, tiene dos respectos, fraudar el credito de D. Joseph por el mismo hecho de ser anterior, como queda probado con Luca, y hacer donacion à su muger Doña Nicolasa de la cantidad confessada; cuya donacion se presume por ser hecha la confession *constante matrimonio*, sin que preceda promessa, *ut dictum est suprà*. Y assi por el fraude, y presumpta donacion, *non est curandum, quomodo constet debitum.*

14. En el tercero dice Luca, que *in pari causa*, es mejor la condicion de la Dote. Pero es de notar, que esto se entiende en el supuesto de que el marido pueda oponer à sì à la muger, como à el Acreedor, con quien contiende, la excepcion *non numeratæ*, porque si respecto de el Acreedor particular, no se puede oponer, y respecto de la muger sì, aquel se ha de tener por verdadero Acreedor, ni la condicion de este es igual con la de la muger.

15. Y para que aun en este tercero caso se vea claramente la justicia de Don Joseph, se harà patente, que su credito consta por pruebas verdaderas, sin que se le pueda oponer la excepcion *non numeratæ*, y que por no haver justificado Doña Nicolasa la verdadera numeracion, y entrego de Dote à Don Juan su marido, se queda la confession de este en estado de ser una donacion fraudulenta, y simulada, en daño de Don Joseph, por cuya razon siempre tiene cabimento la excepcion *non numeratæ dotis. Optimè Card. Mantica dicto lib. 11. tit. 20. n. 29.*

16. Es cierto que aunque los testigos de Don Joseph no depusieran mas, sino haver oìdo à Don Juan, que Don Joseph le prestò los 600. pesos, havia bastante fundamento para creer su verdadera numeracion: *Quia nemo solet dicere coram aliis, se recepisse à Titio decem mutuo, sub spe futuræ numerationis. Hermosilla in leg. 9. tit. 1. p. 5. glos. 7. n. 48.* Y añade, que esta confession de el mutuatario es mas util à el Acreedor estando ausente, que presente à ella. Tambien es prueba de la numeracion, la confession judicial, ò hecha ante Juez: *Quia cùm invitus eam fecerit in judicio per modum contentiosæ jurisdictionis, non præ-*

su-

sumitur eam fecisse spe futuræ numerationis. Cancerio 2. p. var. cap. 3. n. 107. Hermosilla loco proximè citato n. 45. Y Don Juan tiene hechas dos confessiones judiciales, bastando una à Don Joseph; como parece de su declaracion al citado fol. 98. que es judicial, y de la que hizo ante la Justicia de Rota, quando reconociò el vale de los 251. pesos de resto, como se enuncia en dicha Escritura, fol. 1. cuya enunciativa *plenè probat inter ipsos contrahentes text. apertus in leg. 26. §. fin. D. depositi. Escòbar de puritate 1. p. quæst 15. §. 1. n. 14.*

17. Pruebase tambien la numeracion por el mismo hecho de haver pagado Don Juan el importe de 349. pesos, que juntos con los 251. de resto, componen los 600. como confiessa en su citada declaracion fol. 98. y en la citada Escritura, fol. 1. y à quenta de los 251. pesos de resto, consta por los recibos, que estàn desde el fol. 28. hasta el 32. que ha pagado Don Juan à Don Joseph 550. reales, *per textum expressum in leg. cùm fidem C. de non numerata pecunia, ibi: Cùm fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis, vel usurarum feceris, intelligere te, de non numerata pecunia nimium tardè querelam deferre. Ex Acosta et aliis Card. Mantica de tacitis lib. 18. tit. 6. n. 28.*

18. Por todas estas legales razones, ademàs de las de el lapso de el biennio, y renunciacion de la excepcion *non numeratæ, juxta leg. 9. tit. 1. p. 5. & ibi glossa*, queda probada la numeracion real, y verdadera del credito de Don Joseph, sin que para ella necessitara de justificacion de Testigos, la qual no tuvo otro objeto, que acreditar el tiempo de el contracto, para que se viera, que era mas antiguo que el matrimonio de Doña Nicolasa: la qual conociendo el poderio del credito de Don Joseph, y la debilidad de el que figura por su Dote, intenta desvanecer la fee de los Testigos de Don Joseph, por ser sus sobrinas las tres primeras Testigos, diciendo que no se les debe creer. Con una distincion se dà la solucion. A los Testigos consaguineos en causas criminales, no se debe creer, porque en estas omnino se deben repeler. *Escobar 1. p. de puritat. quæst. 11. §. 1. n. 3. per jura quæ ibi refert; & n. 1. & 2.* Pero en las causas Civiles no se deben repeler, *imò potius* se admiten, aunque por el presumpto afecto sean menos idoneos que los que no son consaguineos: *D. Vela dissert. 38. n. 42.* Pero como este afecto se funda en presumpcion, el arbitrio de los Señores Jueces, à cuya prudencia remite el derecho la fee, que deben dàr à los Testigos: *Lex. 3. & 21. D. de testib. cum quibus concordat cap. 27. y 32. eodem,* ha de estimar *ex circunstantiis* la de los Testigos consanguineos, *ut concludit D. Vela in dicto n. 42.* Notese tambien por Doña Nicolasa, que Doña Constanza Perez de el Castillo, primera testigo de Don Joseph, esta

està contra producentem; pues se articulò por Don Joseph, que el entrego de los 600. pesos, fue en el año de 33. y responde, que fue en el de 43. y que assi Doña Constanza, como Doña Maria su hermana, testifican de vista sobre hechos acaecidos en Granada, Rota, y esta Ciudad, no siendo creibles, que se huviessen hallado presentes. El valerse de estos reparos, sin embargo de ser falta de mejores armas, acredita mas que todo la ninguna buena fee de Doña Nicolasa. Pues en quanto à lo primero, es constante, que siendo dos los que dicen, no se puede decidir quien cometiò el yerro, esto es, si la testigo que dictaba, ò el Secretario que escribia. Lo cierto es, que por lo que depone Doña Constanza en la tercera pregunta, se viene en claro conocimiento, que dixo año de 33 y no de 43. porque si huviera dicho, que en este, y no en aquel, fue el entrego de los 600. pesos, diera en un grave inconveniente, que no es de presumir. Y assi, mas bien se ha de atribuir à que fue equivocacion de el Secretario, puesto que està la pluma tan sujeta à yerros. Por cuya razon puede decir Doña Constanza à Don Joseph, lo que allà Marcial à un amigo suyo, significandole que el yerro de los versos lo debia atribuir à la aceleracion con que el trassumptor los escribia, *lib. 2. epig.* 8.

Non meus est error: nocuit librarius ille,
Dum properat versus annumerare tibi.

19. Y en quanto à lo segundo, las mismas deposiciones de las testigos estàn negando la proposicion à Doña Nicolasa, pues de ellas no consta que digan haverse hallado presentes en Granada, Rota, y esta Ciudad; y sobre todo, no siga Doña Nicolasa el rumbo de su alegacion por proposiciones generales, sino por particulares, y concretadas à el pleito, y haciendolo assi, assigne que hecho passò en Granada, *verbigratiâ*, del que digan los Testigos que se hallaron presentes à èl. Y en el interin es digno de que se note, que dando las dos ultimas Testigos los Authores aquienes oyeron sus dichos, y uno de ellos D. Juan Izquierdo, se diga por Doña Nicolasa, que deponen de oìdas vagas; por cuya razon no merecen credito, *juxta textum in cap.* 27. *de testib.* à quien cita: el qual prueba lo contrario, pues se dà credito à los Testigos de oìdas, concurriendo otros adminiculos: *El cap.* 52. *eodem tit.* que tambien se cita, nada habla de Testigos de oidas, y assi no es aplicable; como tampoco no lo es la ley de la partida.

20. Desvanecidos los reparos puestos por Doña Nicolasa, y fundada la certeza de el credito de Don Joseph, y su numeracion, con anterioridad à la confession de Don Juan, y à su matrimonio con Doña Nicolasa, nos llama la atencion lo que por esta se dice al n. 14.

En el ſe aclama verdad notoria la entrega de ſu Dote; y ſe propone la facilidad en ſu juſtificacion, y que por lo miſmo la puſo en execucion; y con tal felicidad (à lo que parece) que dice, que con ella deſterrò qualquiera ſoſpecha de fraude. Para demonſtrar la eficacia de la verdad notoria, y de ſu juſtificacion, ſienta con Baldo, Socino, Decio, Crabeti, Tiraquelo, citados en los miſmos lugares, que refiere Doña Nicolaſa por Maſcardo, *conc. 362. n. 14.* à quien tambien cita, que la numeracion de la Dote ſe prueba por indicios, y conjeturas; y diciendo Maſcardo, que Baldo pone una (que es la alimentacion de la muger, reprobada comunmente de los A. A. *ut ex D. Cobarruvias, Menochio, Mantica, & Graciano, eam reprobat Fontanella de pactis, clauſ. 14. gloſ. unic. p. 2. n. 58. & 59.*) ſe entendiò que Baldo decia, que baſtaba una preſumpcion, y por eſto quando Doña Nicolaſa cita à Baldo, ſigue immediatamente: *expreſſando, que es baſtante una preſumpcion.* Si Doña Nicolaſa citàra el lugar original de Baldo, y en èl vieramos lo miſmo que le atribuye, diſcurrieramos ſu propria reſpueſta. Mas por ahora nos baſta decir con el Cardenal de Luca en el citado *diſc. 159. n. 41.* que no baſta una preſumpcion donde ſe requiere el concurſo de muchas, para formar el juicio que correſponda *per regulam: ſingula, quæ non proſunt, &c.*

21. Pero à què conduce eſto? A manifeſtar la eficacia de la verdad notoria de el entrego de ſu Dote, reſponde Doña Nicolaſa. Pues es camino para encontrar una verdad notoria, el indicio, ò la conjetura, que ex ſe es materia dudoſa; *juxta Lucam de fideicom. diſc. 197. n. 9?* Bien puede ſer, que Doña Nicolaſa la encuentre; pero eſta llamada à indicios, y conjeturas, nos ha hecho conceptuar, que la verdad notoria, y la juſtificacion tan facil de ella, ſe ha de convertir en dudoſa, a confeſsion de Doña Nicolaſa. Aſsi es, SEñOR, pues refiriendo al n. 18. las particularidades mas ſubſtanciales de las depoſiciones de ſus Teſtigos, en prueba de la numeracion, eſto es, de aquella verdad notoria, ſe concluye aſsi al fin de dicho num. *pues de eſtos Actos ſe infiere la numeracion*, y al n. 19. *hai tantos, y tan fuertes indicios de que fue la conſtitucion de la Dote en el año de 37. como ſe ponderaron en el n. antecedente.* Ya ſe vè aqui la verdad notoria de la numeracion de Dote, y la facil juſtificacion de ella, trasladada à el eſtado de dudoſa por Doña Nicolaſa, y ahora ſe verà colocada por Don Joſeph à el eſtado de una mera apariencia, oſtentando los colores, que ha intentado uſurpar à la verdad. Dice Doña Nicolaſa al final de dicho n. 14. que verificada en parte la numeracion de la Dote, ſe tiene eſta verificacion por prueba baſtante de toda la que ſe confeſsò. Cita diferen-

ferentes Authores antiguos, y à Mascardo, que refiere à los mismos, y con los mismos lugares, en la dicha conc. 362. n. 17. y 18. La qual doctrina, que no es otra cosa que una conjetura, la coloca entre otras el citado Cardenal de Luca, en el disc. 159. al n. 47. y al n. 48. mueve el dubio: *In qua parte verificatio sit necessaria?* Pero omitimos de intento el examen de esta duda *concretivè* al caso en que funda Doña Nicolasa la verificacion en parte, porque à nuestra limitacion parece que la verificacion se fomenta en el buen deseo de que la haya, pero no en la realidad de una prueba concluyente, como se requiere. Funda Doña Nicolasa al n. 15. la verificacion en parte por estas palabras: *En està inteligencia reflexionando, que desde 22. de Mayo de 738. estaba constituida, y entregada parte de la dote; pues entonces se obligò D. Antonio Izquierdo à pagar à Don Juan 325. pesos, que debia à Don Matheo de Cangas, padre de Doña Nicolasa, y cediò este en pago de la Dote de su hija; como se podrà dudar de la constitucion de la Dote, ni menos de la percepcion, quando recayò en Don Juan la Hacienda, que se le hypothecò especialmente à la satisfacion?* Pues reflexionando como pide Doña Nicolasa (y como no quisiera) observamos, que la obligacion à pagar los 325. pesos, en virtud de una simple cesion, enunciada en el mismo instrumento de obligacion, es constitucion, y entrega de parte de la Dote, segun propone Doña Nicolasa; lo qual es un claro absurdo, que si huviera de correr en la Jurisprudencia, se siguiera que la obligacion à pagar fuera paga real, y efectiva; y por la misma razon, la obligacion de vender fuera venta: la de renunciar, renunciacion: la de professar, profession: la de casar, casamiento: en una palabra, quedaba confundida aquella natural, y real distincion, que hai entre el dicho, y el hecho.

22. Aumentase el reparo con otra reflexion: desde 22. de Mayo, de 38. estaba constituida, y entregada parte de la Dote, porque entonces se obligò Don Antonio à el pago de los 325. pesos; y luego immediatamente se pregunta, como se podrà dudar de la constitucion de la Dote, ni menos de la percepcion, quando recayò en Don Juan la hacienda, que se le hypothecò à la satisfaccion? En la misma pregunta està la duda. Vamos claros: si la entrega, y percepcion de la Dote, se funda en el *quando recayò la hacienda hypotecada à el credito en Don Juan*; se sigue, que es falsa la primera proposicion; esto es, que desde 22. de Mayo, de 738. estaba constituida, y entregada parte de la Dote; y es la razon clara, y fundada en derecho *Scilicet*, que siendo incompatible en una alhaja dominio, è hypotheca, teniendo D. Juan esta, no podia tener aquel; con que desde 22.

de

de Mayo, no podia estàr entregada parte de la Dote por el mismo hecho de recaer la hacienda en D. Juan. Segun esto, se pregunta à Doña Nicolasa: quando recayò en D. Juan la hacienda? Y què porcion de ella? Porque la que possee hoi son 20. aranzadas de viña, en el pago de el Loro, termino de Rota, y las que le obligò su padre en el mismo pago, son 40. Se pregunta mas: *quo jure* sucediò en dicha hacienda Don Juan? porque de dicho Testimonio fol. 84. consta, que los Autos executivos, que siguiò Don Juan, en virtud de la obligacion de su padre contra este, se acumularon por su muerte à los de el compromisso, que se hizo por los Herederos de dicho Don Antonio, sobre la particion de sus bienes; y assi, si en aquellos Autos se le diò dicha hacienda *jure creditoris, vel jure hæredis, no consta*. Siendo cierto que si huviera sucedido *jure creditoris*, lo huviera hecho patente en estos Autos con el correspondiente testimonio; pues con èl probaba el pago, y por consiguiente la entrega, y percepcion de dichos 325. pesos. Pero que no sucediesse en dicha hacienda *jure creditoris*, lo persuade por ahora la parvedad de el credito, y la magnitud de el valor de 40. aranzadas de viña, ò al menos 20.

23. Concurre con esto el que la obligacion de Don Antonio à el pago de los 325. pesos (de lo que se hace mencion en el Testimonio fol. 84. que por ser sacado de traslado, y sin citacion, ni mandamiento de Juez, nada prueba: *ad tradita per Fariam ad D. Cobarrubia, cap. 21. pp. qq. n. 16.*) y cesion simple, que en ella se enuncia, es fraudulenta: Lo primero, porque no consta la deuda de Don Antonio à favor de Don Matheo, sino por la confession de aquel; la qual es facil de hacerse para fraudar à un tercero, *maximè* entre parientes, y tan immediatos, como lo son Don Antonio, y Don Matheo, respecto de Don Juan, y Doña Nicolasa sus hijos, *ut ex multis juribus tradit D. Vela, dissert. 38. n. 7. & 8.* Lo segundo, porque no consta la causa de la deuda, siendo tan precisa, que sin ella no se puede pedir en via ordinaria, ni executiva, aunque el instrumento trahiga la prevencion de la clausula Guarentigia. *Ita ex multis juribus, & D. D. docet D. Olea, tit. 1. q. 4. n. 21. 23. 24. & signanter num. 25. ex Gomez, D. Vela, & Acosta*, donde assigna dos razones; y en la razon con que afianza la primera de las dos, dice assi: *Tamen ubi causa non declaratur, quæ faciliter exprimi potuit, cautela, & fraus præsumitur.* Lo tercero, porque siendo preciso à el cedente entre otras cosas, que presta à el cesonario, entregarle el instrumento de el credito cedido, para poderlo exigir de el deudor, como *ex infinitis juribus, & D. D. docet D. Olea, tit 7. quæst. 1. per totam*, Don Matheo no le entregò à Don Juan, porque co-

como no havía tal credito à ſu favor, no lo tenia; y por eſto quando Don Matheo hizo mencion de el maquinado credito, como parece de dicho teſtimonio, dixo: que cobraſſe Don Juan de Don Antonio los 325. peſos, que confeſsò deberle: ſiendo natural, que huviera dicho, que ſe los debia deſde tal tiempo, y por tal cauſa. Lo quarto (y ultimo por no ſer moleſto) porque no conſta de la ceſsion por inſtrumento. Pregunta el Señor Olea, en el tit. 1. q. 5. *An ceſsio jurium requirat ſcripturam?* Reſponde: que hai dos opiniones. La primera afirmativa, cuyos fundamentos refiere deſde el n. 1. haſta el 11. La ſegunda negativa, cuyas razones pone deſde el n. 12. haſta el n. 15. y es la que ſigue el ſeñor Olea, por mas verdadera à n. 21. Pero al n. 27. pone un caſo, que es limitacion de ſu opinion, y es: que quando el cedente eſtà preſente, ò en el lugar de el juicio; ò ſi auſente, no tan lexos, que ſin grande diſpendio ſe pudieſſe obtener la ceſsion por el ceſſonario, entonces ſe requiere el inſtrumento de la ceſsion, y no ha lugar la prueba por Teſtigos. Pues haviendo eſtado Don Matheo tan preſente, que ſe hallò à el tiempo de la obligacion de dicho Don Antonio; como entonces, ò proximamente antes, no otorgò inſtrumento alguno de ceſsion? *Maximè* importando tanto à Don Juan, aſsi para cobrar de ſu padre, como para que ſe conociera la qualidad de la ceſsion, porque tal pudiera ſer, que aprovechara à Doña Nicolaſa en eſtos Autos. Todo lo que ſe ha figurado ſobre eſte credito de Don Matheo, contra Don Antonio Izquierdo, es fraudulento, y por eſto no ſe ha reparado en las clauſulas de el fraude, porque ſucede à Doña Nicolaſa, lo q̃ à otra, de quien dixo Marcial, *lib.6.epig.93.*

Cùm benè ſe tutam per fraudes mille putavit.

24. De todo lo qual reſulta, que la numeracion en parte conſiſtente en los 325. peſos, queda en el eſtado de una mera apariencia. Sucede lo miſmo en quanto à los 800. peſos, que en 19. de Septiembre de 739. (mas de dos meſes, y medio deſpues de la Eſcritura de Don Joſeph, y muchos años deſpues de el preſtame de los 600. peſos) confieſſa Don Juan haver recebido de Don Matheo de Cangas ſu Suegro; de que hizo Eſcritura, que conſta deſde el fol. 64. vuelta. En la qual eſtà la clauſula de el tenor ſiguiente: *Otorgo, que recibo ahora de contado, de el referido Don Matheo, los 800. peſos, en monedas de oro, por ante, y en preſencia de el infraſcrito Secretario de ſu S. M. y Eſcribano publico, y Teſtigos, de que aſsi lo certifica.* Creyò Doña Nicolaſa, que con eſta clauſula tenia juſtificada la numeracion de los 800. peſos, y por eſto en ſu interrogatorio, no articulò ſobre ella coſa alguna; ſino ſobre la de la q̃ llama Dote, deſde el año de 37. haſta 2. de Marzo de 39.

 25. Pe-

25. Pero (*nostro videri*) se engañò. Es puntual para prueba de esto, la Doctrina de Noguerol, *alleg.* 10.*n.*16. En donde refiriendo semejantes palabras: *scilicet*, en presencia de el Notario, y Testigos, dice, que no prueban la numeracion; porque para probarla es necessario, que el Secretario diga: *En presencia de mi el Notario, ò Secretario,* y si no lo dice, se tiene por assercion, ò confession de las partes. Cita en comprobacion à Baldo, Graciano, à Hodierna, y otros. Notese la clausula referida, y se hallarà, que el Secretario no dà fee de la numeracion, y entrego, ni lo certifica, ni por sì dice cosa alguna. Todo es assercion, y confession de Don Juan, que dice que el Secretario lo certifica; y el Secretario no lo certifica, hablando en primera persona de singular, ò con otras palabras, que expressen immediata relacion à su persona, sino que estendiò la confession de Don Juan en el modo que se dispuso para aparentar la numeracion, quedando con ella engañado en primer lugar aquel, à cuyo favor se hacia, y quedando cubierto el Secretario, en el caso que contra èl se dirigiera alguna quexa, *ad tradita per Fontanelam de pactis clav.* 14.*glos.unic.p.* 1.*à n.* 14.

26. Y se confirma lo dicho con que por Doña Nicolasa, no se hace expression de tal clausula en su Manifiesto, sin embargo de haver alegado Don Joseph en los Autos, que en ella no se puede fundar la numeracion.

27. Inferese de aqui, que de los 800. pesos no consta la numeracion, y entrego, si no es por confession de Don Juan, contra la que militan mas fuertemente todas las disposiciones de derecho, y authoridades, *superiùs* citadas contra la Dote confessada. Pero sin perjuicio de la verdad de la opinion de Noguerol, y de el derecho de D. Joseph, concedamos à Doña Nicolasa, que con la citada clausula està probada la numeracion. Què consigue con esto? Ciertamente nada, porque si se considera Dote, por razon de tal, no puede preferir à el credito de Don Joseph, que es hypotecario anterior, expresso, como està recibido en todos los Tribunales, y por ser opinion cierta, y comun, no se refieren sus fundamentos; y si se considera como aumento (que no concedèmos) tampoco podia preferir à el credito de Don Joseph: *Juxta doctrinam D. Salgado, p.* 4. *labyrint. cap.* 2. *n.* 16. *&* *signanter n.* 55. 84. *versic. idem, &* 102.

28. En los num. 16. y 17. no hai especial motivo, que nos detenga para dàr respuesta à sus contextos; porque dos reparos, que se nos han ofrecido en el n. 17. son tan fuertes, que à poca costa vencen las asserciones de Doña Nicolasa. Es la primera (y el reparo primero) la ampliacion, que hace, comprehensiva de el Papa, y Em-

pera-

perador, en la prueba ordinaria de dos Testigos; y en quanto à el Papa, ya se sabe, asi por exemplar sucedido en la antiguedad, que consta en la historia Eclesiastica, como de lo determinado por San Silvestre en el Concilio Romano; como se refiere en el cap. *Præsul. caus.* 2. *quæst.* 5. que la Cabeza visible de la Iglesia, *à nemine judicatur*: Ergo si no admite sentencia, ni ser tratado como reo en juicio, tampoco admitirà la prueba, que es vehiculo, y medio para la sentencia, y ultimo juicio. La Ley 32. tit. 16. (y no 6. como dice Doña Nicolasa) p. 3. nada prueba contra el Emperador, ò Rey, *imò potius* de ella se deduce lo contrario. El Author de la Curia en el lugar que se cita, ni en todo el numero, ni parrafo, pensò en afianzar la citada ampliacion. Es la segunda assercion (y se guardò reparo) contemplarse Doña Nicolasa rea, y no actora. Yà se vè, que no es sino actora; pues se contempla acreedora de su marido.

29. En el num. 18. se refieren por Doña Nicolasa las deposiciones de sus Testigos en algunas particularidades, que expressan; y conociendo el defecto de contextacion, y la singularidad de ellas, la confiessa claramente, y quiere sacudirse de ella, con decir que es adminiculativa, y no obstativa; y es verdad, que no es obstativa, pero tambien lo es, que no es adminiculativa. Tocò esta materia de singularidad Flores de Mena, mejor que otro alguno, *lib.* 3. *var. quæst.* 22. *à n.* 38. y distingue tres singularidades, que son la obstativa, diversificativa, y adminiculativa. Explica cada una de por sì, y llegando à la adminiculativa, dice, que quando se trata de probar alguna cosa en genero, *verbi gratiâ*, la possession, el dominio, ò la jurisdiccion, y un Testigo depone haver visto coger los frutos, otro arrendar la halaja, &c. Estos concluyen en genero, y lo prueban plenamente: *Quia licèt per diversa media, unus alteri adminiculatur. Optimè D. Larrea, alleg.* 69. *n.* 11. donde *ex multis*, prueba que la jurisdiccion se prueba con Testigos singulares, y con este motivo, explica la singularidad adminiculativa, la quál solo milita en el caso de probarse, *quid in genere*; y es la razon clara, en los mismos exemplos, que pone el Señor Larrea. Tratase de probar la jurisdiccion circumscripta, à determinado territorio, y un Testigo dice, que en èl viò que Ticio fue ahorcado: otro dice, que viò cortar la cabeza à Sempronio: otro que viò que los de aquel territorio colectaban à favor de el que pretende la jurisdiccion, *& sic de aliis multis*. De estos actos especificos, y singulares, que cada Testigo depone, *probatur illud quid in genere, scilicet jurisdictio*, porque como esta es genero, y el genero se halla en sus especies, es preciso, que en cada acto de aquellos se halle la jurisdiccion, y por

consiguiente, en orden à esta, es preciso que se conforme uno à otro, y se adminicule respecto del genero, que incluyen, y respecto de el fin, à que se terminan, de cuyo modo resulta justificada la jurisdiccion integrada de sus mismos actos especificos. A consequencia de esta doctrina, se infiere, que la singularidad adminiculativa no es aplicable à un acto especifico, que *unico momento* se puede perfeccionar, y concluir, y no contiene en sì otros actos diversos, qual es la entrega de 1367. pesos, que confiessa Don Juan haver recibido de su Suegro Don Matheo en distintas partidas; y aunque de estas con los demàs bienes, que contiene la confession de Don Juan, que comienza al fol. 60. se articulò su numeracion, y entrego, es constante que no se ha justificado.

30. De el dinero en distintas partidas dado en Dote à Don Juan, ninguno de los 8. Testigos dice haverlo visto, ni passado en su presencia. Y el mismo Don Juan al fol. 109. declara en el segundo capitulo, que el dinero, que su Suegro le diò, lo recibiò en la Ciudad de el Puerto en distintas ocasiones, que no sabe las que fueron, ni las cantidades que importaron, y que no hace memoria de sì se hallò presente alguna persona, y la tiene de haver sido los 500. pesos, que el Testigo Juan de la Haa le entregò, la primera partida que recibiò. Doña Nicolasa, fol. 106. vuelta, declara no haverse hallado presente à el entrego de dichas partidas, el qual sabe por haverselo oido à su Padre, y su marido (què buenos Testigos!) y que no le consta otra cosa de personas, que se huviessen hallado presentes. Y à consequencia de esto no presentaron, ni pudieron presentar Testigos, que declararan el entrego de el dinero en sus respectivas partidas; y aunque dicho Testigo Juan de la Haa, dice haver entregado à Don Juan, de orden de dicho Don Matheo 500. pesos, estando ya casado, no prueba que fueron dados en Dote, y entonces en duda se presumiera dados por esta causa, quando constara haver precedido promessa de Dote, *vel aliter* se huviera constituido; pero quando no consta, *non probat hoc esse quod ab hoc contingit abesse*. Pudo ser por otras muchas causas aquel entrego, *extra* de ser singular, por cuya circunstancia tampoco prueba.

31. Concurre con esto, que Don Juan confiessa al fol. 98. vuelta, que quando se casò no llevò ni un colchon; y esto mismo expressa haverselo dicho à Don Joseph: tan pobre como no tener un colchon, se constituye Don Juan al tiempo de su casamiento, y segun esto, no es creible, que Don Matheo huviera entregado partidas considerables, como las que componen 1367. pesos, sin la debida caucion, y correspondiente resguardo, como el de un recibo otorgado

ante

ante Secretario, y Teſtigos. *Card. de Luca ſuprà citato diſc. 159. à n. 68.* En donde entre otras conjeturas, que refiere, pone la de que no es preſumible, que ſin la debida ſeguridad ſe dè el dinero à un pobre; y la de que confeſſandoſe haverlo recibido en diſtintas partidas, no aparecen los quitamientos, ò liberaciones hechas en el tiempo que ſe entregaron.

32. Y de aqui ſe infiere la falſedad con que depuſo Thomaſa Jacinta, ſirviente que dice fue de Don Juan, pues dice, que quando Doña Nicolaſa fue à reſidir à la dicha Villa de Rota, llevò las halajas, y partidas de dinero. Eſta teſtigo debiò de tener la fortuna de que Don Juan le pagara promptamente ſu ſalario; y por eſſo le paga ahora con una declaracion formada à ſu idèa, en perjuicio de la verdad, y aſsi ſaliò ella tan vaga, y tan falſa, *ſaltem ad effectum non probandi. Noguerol alleg. 26. n. 110.*

33. Es la inveriſimilitud eſpecie de falſedad; *ex Auguſtino Barboſa, Farinacio, Staiban, & aliis, Manuel Alvarez Pegas tom. 1. forent reſol. cap. 19. n.* 30. y por eſſo dixo Noguerol, *ex Farinacio de teſtib. alleg. 32. n. 67.* que la depoſicion inveriſimil de el Teſtigo no ſe atiende. Habla Noguerol de un Teſtigo, que depuſo haver viſto los juegos, y ganancias grandes, que en ellos hizo el Marquèz de Auñon, Don Melchor de Herrera, à el Almirante de Caſtilla, el que no pudiendoſelas pagar, le fundò un cenſo de por vida; y dice aſsi: *Etſi ut teſtis deponit, capitalia ex ludis proceſſerunt, perpiſcuum eſt, quòd ludi non fuerunt ſex, nec in quolibet capitale unius cenſus lucratum fuit; ſed ludi fuiſſent diverſi, & diverſis temporibus, & ita eſt inveriſimile, quòd teſtis recordaretur particulariter de omnibus, & depoſitio inveriſimilis non attenditur.* Pues què dirèmos de la depoſicion de Iſabèl Rodriguez? Dice eſta Teſtigo, que las halajas de aderezos de diamantes, pulſeros, &c. que ſe contienen en la Eſcritura de confeſsion de Dote, ſon las miſmas que llevò Doña Nicolaſa, y las tuvo en ſus manos.

34. Es cierto, que aunque los aderezos, pulſeros, y halajas de menaje, eſtuvieran eſtampados en la Eſcritura de confeſsion de Dote con ſus miſmos colores, cantidades, figuras, y demàs circunſtancias, fuera una temeridad notable teſtificar ſu identidad con los que dice eſta Teſtigo, que viò, y tuvo en ſus manos. Y aunque los volviera à vèr al cabo de mas de 7. años, no es veriſimil, que *particulariter*, como dice Noguerol, ſe acordarà de todos. Rara inveriſimilitud, y temeridad! Aun en el Teſtigo Joſeph Falco, que ſe dice era fiel contraſte, es reparable la expreſsion que hace en orden à tener preſente, que algunas halajas de las que le llevo Don Matheo de

Can-

Cangas, para que las apreciaran, son las mismas, que se contienen en dicha Escriptura, mediante que pudiendo con facilidad haverlas expressado, y señalado, no lo hizo; con lo qual dexò su deposicion mui sospechosa de falsa: mayormente no concluyendo, en que con efecto las huviesse apreciado, pues como parece de su deposicion, solo dice en ella lo que le dixo Don Matheo en orden à el aprecio, pero no dice que lo huviera hecho.

35. Crece la inverisimilitud de las deposiciones de Isabèl Rodriguez, y Joseph Falco, al passo que se pierde la memoria, y como que se eclypsa con el tiempo, que se interpone entre ella, y la especie de el sucesso acaecido: *Memoriam tempus interpositum subduxit*, que dixo Seneca, *de benef. lib. 3. cap.* 1. Lo qual no es de admirar, porque el mismo Seneca, *in prefat. ad lib. 1. controv.* define descriptivamente à la memoria por estas palabras: *Memoria res est ex omnibus partibus animi maximè delicata & fragilis.* Tan delicada, y fragil es, que con el tiempo se pierde la especie del sitio, ò lugar donde se depositò un thesoro. *Lex 44. D. de adquirend. possess.* Pues como passados 7. años se acuerdan la Isabèl Rodriguez, y Joseph Falco, de la identidad de unas halajas tan menudas, y de tantas circunstancias, sin tener presentes las mismas halajas para excitar en la memoria la especie antigua, que tiene yà borrada la interposicion de el tiempo?

36. Los Testigos 3. y 4. dicen, que tienen por cierto el contenido de la Escritura de Dote confessada; con lo qual nada prueban, porque este modo de deponer, no es afirmativo, sino presumptivo, fundado en su credulidad. *Punctualiter ad rem Noguerol alleg. 32. n. 70. ex Farinacio, quest. 68. n. 66. optimè ex aliis Cabreros de Avendaño de triplis præl. 4. n. 4.* Y aunque la tercera Testigo, que es Doña Maria Conde, Tia de Don Juan (y no su sirviente, como dice Doña Nicolasa al n. 9. Por cuya razon, como por la de afirmar, que las tres primeras Testigos tuvieron en sus manos las dichas halajas, no diciendolo otra, que dicha Isabèl Rodriguez, tenemos sobrado motivo para creer, que no se ha visto la propria probanza) afirma, que Doña Nicolasa quando fue à dicha Villa de Rota, llevò por mas caudal una Esclava, que despues vendiò Don Juan, y Doña Nicolasa à Don Bartholome Troncoso. Desta particular especie es Author esta Testigo, y en ella es singular; y no es esto lo peor, sino ser falso, que la huviera llevado Doña Nicolasa por mas caudal suyo. La prueba es terminante en las declaraciones de Doña Nicolasa, fol. 108. y de D. Juan fol. 111. confiessa uno, y otro, que la Esclava fue vendida à Don Bartholome Troncoso, con expressa licencia de Don Matheo, Suegro, y Padre.

Con

Con esto tiene probado Don Joseph, que la Esclava no la llevò Doña Nicolasa por caudal suyò como dice la tercera Testigo. *Noguerol alleg. 28. n. 86. ubi ex Baldo* prueba, que el consentimiento de alguno puesto en la disposicion de alguna cosa, arguye tener derecho en ella, y con Socino afirma en el mismo numero, que la prestacion de la licencia, induce prueba de dominio; y con Burgos de Paz dice, que la licencia de los Señores de Vassallos para que los ganados pasten en su territorio, prueba el dominio de los pastos à favor de ellos. La doctrina es puntual, y asi evitamos la molestia en su aplicacion.

37. De otro hecho particular depone Joseph Sanchez 5. Testigo, en el que ademàs de ser singular, es tambien vaga su deposicion respectivè à el tiempo de que habla. Dice, pues, que en el año de 39. llevò diferentes halajas de el Puerto à Rota en un barco suyo. Lo articulado à la 2. pregunta por Doña Nicolasa, en que se comprehenden dichas halajas por estarlo en la confession de Dote, es limitado hasta 2. de Marzo, de 39. Y asi debiò este Testigo sujetarse à la limitacion de el tiempo por ser de la substancia de la deposicion quando, y en el modo, que se articula en el interrogatorio. *Noguerol alleg. 26. n. 101. ex Baldo, Petra, & Farinacio.*

38. Es una, sin razon, la deposicion de el 6. Testigo; y por esto nada prueba. *Lex sola* (y no solam, como se dixo por Doña Nicolasa, al n. 13.) *C. de testibus: maximè*, siendo como fue preguntado por ella. *D. Greg. Lopez, in glos. 10. leg. 26. tit. 16. p. 3. verb. preguntado.* Y aunque Doña Nicolasa al citado num. 9. de su manifiesto; dice, que este Testigo sabe el contenido de la pregunta por la mucha intimidad con Don Matheo, en esto, como en otras cosas, procede con manifiesta equivocacion.

39. Esta es la prueba, que ha hecho Doña Nicolasa, de aquella verdad notoria de el entrego de su Dote confessada; que se aclamò al n. 14. de su manifiesto: despues reducida à el estado de dudosa, y mui dudosa à confession suya, y ahora sin cansar la atencion, se vè claramente reducida al miserable estado de una mera apariencia en la misma prueba de Doña Nicolasa. Que bien que se dixo por esta en el principio de el citado n. 18. ibi: *Resulta la mas clara persuasion de el animo acreer, el especifico, que se quiere justificar!* Es verdad, que resulta la mas clara persuacion acreer, que se ha querido justificar el especifico, à que no es aplicable la singularidad adminiculativa, quedandose todo en los limites de el deseo, y voluntad, sin tocar en los de la execucion con efecto. Por esto, ni hai Dote constituida, como mal se supone en el n. 19. ni hai numeracion de Dote justificada contra Don

Juan

Juan ; pues no se ha hecho constar, que este *titulo Dotis* haya recibido cosa alguna ; como se articulò por Doña Nicolasa. En cuyos terminos todo quanto dice en el n. 21. 23. y 24. (y no 22. que està duplicado) sobre privilegio de Dote, su anterioridad, la prelacion que le compete en caso de duda, aplicandolo todo à la suya, que solo estriva en el èco de la voz *Dote*, procede sobre el falso supuesto de haver Dote propria, y verdadera, constituida, y numerada *verè & realiter* à Don Juan su marido.

40. Y aunque al citado n. 23. sigue Doña Nicolasa la opinion de los que afirman, que en los bienes despues de adquiridos por el marido, se prefiere la Dote de la muger à los Acreedores de aquel, aunque tengan expressa anterior hypoteca, al modo que el Fisco, *per leg. siquis, D. de jure fisci*, cuyo privilegio se estiende à la Dote; es de notar, que quando estuvieramos de acuerdo con Doña Nicolasa (que no lo estamos) sobre el supuesto de la question, que es la existencia de verdadera Dote, y obligacion del marido à entregarla, en tal caso diriamos, que esta opinion, *tam theoricè quam practicè*, es improbable, y carece de razon, *ita Card. de Luca de Dote, disc.* 83. *y* 84. *per tot.* En los quales con solidissimas razones proprias de su eminentissimo juicio, refuta la opinion, que sigue Doña Nicolasa ; y sin embargo, se trahen estos discursos, que son contrarios, en prueba de su opinion, estando tan ex diametro opuesto à ella el Cardenal; y ciertamente que causa notable reparo, que se huviera registrado puntualmente el disc. 83. en donde al n. 13 observò Doña Nicolasa la noticia, que en un breve parenthesis pone el Cardenal, con la que se formò el parrafo 1. en el que se dà à la disposicion de Justiniano, una mortal herida; y no huviera notado, que uno, y otro discurso, y la opinion que en ambos funda Luca, le eran contrarios; y aunque tambien se cita el disc. 82. en este toca otro punto distinto. Y en el disc. 186. donde se dice, que *ad satietatem* trata este punto, nada dice conducente à èl. La Ley 53. tit. 13. p. 5. no solo no prueba la opinion de Doña Nicolasa, sino que le es contraria, y por ella, y conforme à ella, fundan los A. A. la contraria opinion: Esto es, que la muger no tiene tal privilegio, ni goza de el de el fisco, en los bienes despues adquiridos por el marido; la qual sigue el Señor Olea con 15. A. A. de la mejor nota, tit. 3. quæst. 7. n. 4. expressando que esta es màs verdadera sentencia, *tam jure communi, quàm Regio*, y que de ella no se apartaria *in judicando & consulendo*. Y la misma sigue el citado Cardenal de Luca en los referidos disc. 83. y 84. con otros que cita, y en ellos assigna diferentes razones, que ninguna es favorable à Doña Nicolasa.

41. Ref-

41. Resta, que dàr satisfaccion à lo que se dice por Doña Nicolasa en el n. 20. Conociendo la certeza de el credito de Don Joseph, y que procede desde el año de 33. dice que en la Escritura de 1. de Julio de 39. se pactò la nulidad de el vale, y autos formados por Don Joseph, antes de dicha Escritura, en que se hace expression de ellos, y que en otra forma no tenia efecto el contracto; y segun esto, infiere, que no puede valerse de la antiguedad de su credito. *Sed ineptè quidem*; y es la razon, porque una cosa es el vale, y los autos, y otra el contracto, la accion, y obligacion, que produce. Se diò por nulo el vale, como parte de los autos formados, los quales tambien se dieron por nulos à efecto de no poder las partes contratantes valerse de ellos à su favor; pero esto no tocò en la substancia de el contracto, su accion, y obligacion, pues de lo contrario no huviera materia sobre que cayera el convenio hecho por Don Juan, y Don Joseph. El qual no es novacion de la precedente obligacion, sino modificacion de ella, porque en realidad no se altera en la substancia, sino en el modo; à el qual pertenece la dilacion concedida por Don Joseph a Don Juan en el convenio, como parece de la citada Escritura fol. 1. y entonces fuera novacion, quando la voluntad de los contratantes fuera expressa para constituirla: *Mirabilis textus, ubi est casus expresus, qui totum hoc probat in leg. fin. C. de novat.*

42. Ni hai aquella incompatibilidad, que se pondera por Doña Nicolasa, la qual se figura sobre un supuesto falso, atribuyendo à Don Joseph lo que dixo Don Juan, como parece de dicha Escritura: y aunque huviera dicho Don Joseph, que no se valdria de cosa alguna, no le podia obstar ahora para valerse de la antiguedad de su credito, porque sobre ella nada se novò por las partes. La incompatibilidad de que habla Roxas, citado por Doña Nicolasa, *lib. 1. de incomp. cap. 3. à n.* 10. no se escribiò por este Author para el presente caso; y solo es para el que pone el mismo Roxas, n. 11. y es quando dos hacen un contracto, de mutuo *verbi gratiâ*, y despues lo convierten en deposito. En este caso, aunque las partes no expressen la voluntad de novar, se entiende hecha la novacion, porque las naturalezas de estos contractos son contrarias, y *simul* no pueden estàr. Lo qual prueba Rojas con diferentes Authores, y entre ellos cita à Cephalo, cuyas palabras refiere ibi: *Ubi duæ dispositiones se invicem non compatiuntur, prima sublata, statur posteriori*: Cuyas palabras por estàr immediatas à la Ley *fin. C. de novat.* que tambien cita Cephalo, creyò Doña Nicolasa, que eran proprias de la Ley fin. y assi se las aplica con su ibi, que es falso, porque tales palabras no son de la Ley sino de Cephalo. Vea Doña Nicolasa à Roxas, y hallarà lo que

de

decimos; y vealo tambien desde el n. 15. hasta el 20. y hallarà à este Author à favor de Don Joseph, en prueba de que en el referido convenio, no se causò novacion, aunque à efecto de no pedir hasta cumplido el plazo, parezca que solo en esto la huvo.

43. Asi se ha procedido por Doña Nicolasa contra Don Joseph: mejor dixeramos por Don Juan, que para acreditarse mas de doloso, y fradulento, se vale de el escudo de el nombre de su muger (que no tiene otras armas, que las que le presta en sus mismas confessiones el Author de el fraude) para hacer tan cruda guerra à Don Joseph, sobre que no llegue à sus manos el resto de la cantidad de 600. pesos, que por hacer merced, y buena obra à Don Juan, como este dice en dicha Escritura fol. 1. salieron de su caudal. Esta buena obra es la que paga Don Juan con la temeridad de este Pleito. De la qual es buen testigo la serie de èl, no solo en lo que và tocado hasta aqui, sino en la implicacion, que se encuentra entre el pedimento fol. 26. que firma, y jura Doña Nicolasa, y lo que esta articula en la 2. pregunta de su interrogatorio, y la confession de su marido fol. 64. vuelta. Al menos es mejor que los que presentò Doña Nicolasa, para probar que su marido es temeroso de Dios, y que no ha pretendido engañar. En lo qual, no es de admirar contexten sus Testigos, quando hai tanta facilidad en esta calidad de prueba, que como dice Valasco citado, y seguido de el Señor Larrea, *alleg. 66. n.* 88: *Etiam fures manifesti se viros probos, & legales esse probant.*

44. De esta forma se han producido, y causado à Don Joseph notables perjuicios, y vexaciones, y muchas mas con esta respuesta, la qual no es mas dilatada, porque no sea molesta; y si lo pareciere contra la brevedad prometida, dirèmos lo que en caso semejante dixo Mario en el Senado Romano, como refiere Libio, *lib. 8. decad. 4. Mihi, quæso, ita ignoscatis, P. C. si longiorem orationem necessaria defensio fecit.* Por todo lo qual, espera Don Joseph la confirmacion de la sentencia de V. S. S. S. T. S. D. C. Hispal. die 4. Aug. ann. 1747.

Lic. Don Bernabè Paulino
Dominguez Zambrano.